

Saverio Masuelli

Le servitù prediali nella legislazione romano-barbarica

1. Considerazioni preliminari - 2. Stato della letteratura - 3. I titoli '*De servitutibus*' nelle leggi romano-barbariche - 4. Considerazioni finali.

1. Considerazioni preliminari

Per quanto possa apparire pleonastico, preme innanzi tutto avvertire il lettore che la presente indagine concerne le norme relative alle servitù prediali rintracciabili all'interno delle leggi romano barbariche propriamente dette, vale a dire, come noto, la *Lex Romana Visigothorum*, la *Lex Romana Burgundionum* e l'editto di Teodorico (sia pure limitatamente, quest'ultimo, ad alcuni aspetti relativi a concezioni germaniche dei diritti reali, mancando in esso un espresso riferimento alle servitù prediali).

L'editto di Teodorico non appare in effetti originariamente¹ con la denominazione di *Lex Romana* ma può senz'altro essere affiancato, anche ai fini di questa ricerca, alle altre due fonti, sia sotto il profilo della *ratio* in vista della quale l'editto teodoriciano stesso è stato emanato, sia in relazione al dato per cui la stessa denominazione di *Lex Romana* non risulta adoperata, in relazione alle altre fonti menzionate, in maniera esclusiva, riscontrandosi, all'interno della tradizione testuale concernente la *Lex Romana Visigothorum*, la diffusa denominazione di *Breviarium Alaricianum* (o anche *Alaricii*) e parimenti all'interno della tradizione testuale concernente la *Lex Romana Burgundionum*, la denomi-

¹) La denominazione '*Lex Romana Ostrogothorum*' con la quale appare anche designato l'*Edictum Theoderici Regis* non risulterebbe coeva allo stesso (incerta tra l'altro è la stessa paternità dell'editto). Sul punto, oltre a G. VISMARA, *Edictum Theoderici*, in «IRMAE» (I, 2 b aa α), Milano, 1967, p. 35-36, si veda recentemente S.D.W. LAFFERTY, *Law and Society in the Age of Theoderic the Great. A Study of the Edictum Theoderici*, Cambridge, 2013, p. 24-25

nazione di *Liber Constitutionum*, *Ius Papianum* (ancora oggi di oscura identificazione) o ancora *Lex Gundobada*².

Se il breve lasso di tempo entro il quale le fonti indicate sono state emanate legittima, segnatamente ai fini di una indagine giusprivatistica, una trattazione congiunta delle medesime³, maggiore attenzione deve destare, a no-

²) Si veda sugli aspetti terminologici indicati, R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1991, p. 6, il quale appunto rileva, a proposito della denominazione di '*Lex Romana Visigothorum*', la promiscua indicazione nella tradizione manoscritta di '*Lex Romana*', '*Liber Iuris*', '*Liber Legis*', '*Corpus Legum*'. Sul punto, oltre ovviamente alle annotazioni contenute nei *Prolegomena* di G. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Berlin, 1849, p. VI-VII, si veda J. GAUDEMET, *Le Bréviaire d'Alaric et les Épitomes*, in «IRMAE.» (I, 2 aa b), Milano, 1965, p. 5. La denominazione di '*Lex Romana*' dovrebbe connettersi, secondo le convincenti note di E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, p. 16 n. 69, ad una tradizione denominativa di origine ecclesiastica (propriamente conciliare) consolidatasi a partire dagli inizi del VI secolo (è nota d'altronde la regola, elaborata dalla giuscanonistica medioevale sulla base della *Lex Ribuariorum*, 61.1, disciplinante la liberazione del servo secondo il modello della *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, un istituto, come afferma il compilatore della stessa *Lex Ribuariorum*, appartenere alla *Lex Romana*, ossia, secondo la terminologia germanica, al diritto romano, a tenore della quale '*Ecclesia vivit secundum Legem Romanam*'; sul punto si veda C.G. FÜRST, *Ecclesia vivit Lege Romana?*, in «ZSS. Kan. Abt.», LXI, 1975, p. 17-36, nonché, sia pure più in generale, già E. LOENING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, Strasburg, 1878, p. 284-287). Può pertanto ipotizzarsi, anche al di là della datazione della tradizione manoscritta, che nella stesura originaria le *Leges* menzionate non contenessero l'aggettivo '*Romana*'. In relazione, più in generale, alla *Lex Ribuariorum*, raccolta normativa dei Franchi Ribuarii o anche Riparii (in quanto geograficamente stanziati sulla riva occidentale del Reno, più o meno nell'attuale Alsazia, ai piedi dei Vosgi) formata intorno alla prima metà del VI secolo, sotto l'influsso della dinastia merovingia (che aveva dato impulso alla nota *Lex Salica*), si vedano soprattutto R. BUCHNER, *Textskritischen Untersuchungen zur Lex Ribuariorum*, in *Monumenta Germanicae Historiae*, III – cur. F. Beyerle, R. Buchner –, Hannover, 1954, p. 50-51, e G. ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padova, 1953, p. 186-188. Non ha invece a che vedere con le *leges Romanae Barbarorum* la cosiddetta '*Lex Romana Curiensis*', raccolta normativa, anche denominata '*Lex Raetica Curiensis*' o '*Utinensis*', risalente all'VIII secolo e costituente un compendio della compilazione visigotica di Alarico. L'indicata denominazione, oltre a evidenziare l'ambito territoriale di riferimento (parte dell'antica *Raetia*, sostanzialmente concentrata nell'attuale territorio di Chur, nel Cantone svizzero dei Grigioni), appalesa la relativa matrice documentale consistente appunto in un codice latino posseduto dalla Biblioteca capitolare di Udine.

³) Per maggiore comodità del lettore, ricordiamo che la *Lex Romana Visigothorum* fu pubblicata, come testimonia la stessa chiusa del *Commonitorium*, dal re visigoto Alarico II a Tolosa il 2 febbraio del 506, la *Lex Romana Burgundionum* verosimilmente tra il 500 e il 506 (la data di pubblicazione non è pervenuta e si ritiene che essa sia o di poco anteriore alla legge di Alarico, dal momento che la legge burgunda non fa menzione della compilazione visigota, argomento peraltro non del tutto probante, o, anche sulla base dell'autorità del Savigny, ripresa da H.I. NEHLSSEN, *Lex Romana Burgundionum*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, 16, Berlin, 1978, p. 1931, e condivisa da R. LAMBERTINI, *La codificazione*,

stro avviso, la diversità degli ambienti geografici e culturali ai quali si riferiscono, sia pure implicitamente, le medesime: sostanzialmente coincidenti con ambienti in precedenza profondamente romanizzati la compilazione visigota e l'editto di Teodorico, assai più prossima al mondo germanico la compilazione burgunda.

E tale considerazione può arricchire soprattutto le indagini relative ad aspetti del diritto privato (nel nostro caso le servitù prediali, in relazione alle quali non deve trascurarsi la assai diversa concezione che in relazione al diritto di proprietà avevano rispettivamente Romani e popolazioni germaniche, concezione marcatamente individualistica, almeno nel diritto classico, i primi, concezione quasi esclusivamente collettivistica i secondi)⁴, i quali tra l'altro tendono a presentarsi, all'interno di queste fonti, in maniera tutto sommato uniforme, anche in relazione al fatto che uniforme è la disciplina romana che sostanzialmente, e per diverse ragioni, esse riprendono, sia pure in vario modo⁵.

Ad altrettanto fecondi risultati può condurre infine la considerazione, nell'analisi delle nostre fonti ai fini indicati, che esse non sono state elaborate tutte sulla base dei medesimi principii.

Può sembrare banale richiamare il dato notissimo secondo cui la *Lex Romana Visigothorum* e la *Lex Romana Burgundionum* esprimano le caratteristiche del cosiddetto diritto personale (destinate cioè a disciplinare i rapporti propri della «componente etnica romana») ⁶ mentre, per converso, l'editto di Teodo-

cit., p. 22 nt. 23, successiva quanto meno al 517, in quanto la costituzione con la quale tale legge è stata emanata sarebbe da ricollegare non a Gundobado, morto nel 516, ma al figlio Sigismondo) mentre alquanto più difficile risulta la esatta datazione dell'editto di Teodorico, in relazione al quale è discussa infatti la stessa paternità.

⁴) Valgano in proposito le considerazioni del LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 125-126, il quale appunto rileva come «The rules designed to limit the scope of private ownership include some features no less distinctive and unfamiliar to the vulgar law. The Germanic tribes had never been acquainted with that more individualistic type of ownership which gradually met its undoing during the Dominate. Starting from the opposite extreme of a collective use of the land they had slowly and incompletely proceeded toward recognizing exclusive rights in it (...). Among the Visigoths a traveler might use for his journey or rest any uncultivated place including land marked as private by ditches (...) In Burgundy anyone not in possession of woodland was not at liberty to cut for his personal use timber from windfall or certain trees» (cfr. sul punto già Tac., *Germ.* 21, proprio in relazione ad usi germanici).

⁵) La considerazione indicata viene articolatamente esposta ed applicata proprio da LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 2-9, il quale estende l'indagine ai rapporti tra il cd. diritto volgare e i precedenti sistemi direttivi romani: il diritto risultante dalle manifestazioni del potere normativo imperiale fino a Teodosio II, ma anche lo *ius gentium*, con i relativi contatti con gli ordinamenti di derivazione ellenistica.

⁶) Secondo l'efficace raffigurazione di LAMBERTINI, *La codificazione*, cit., p. 5.

rico, sulla base del principio cosiddetto di territorialità, non instauri differenziazioni normative relativamente alle componenti etniche presenti all'interno dello Stato, il regno ostrogoto⁷.

Ma proprio sulla base di tale considerazione, oltre che delle precedenti, all'interno di una disciplina estremamente frammentaria e laconica, come quella delle servitù prediali raccolta nella legislazione romano barbarica, si può tentare una sia pure sommaria e necessariamente rivedibile ricostruzione delle caratteristiche essenziali di questo istituto.

2. Stato della letteratura

Innanzitutto, di fronte alla non soverchia attenzione di cui sono stati fatti oggetto gli aspetti di diritto privato contenuti all'interno delle compilazioni romano barbariche da parte della scienza romanistica, sembra davvero improprio

⁷) Merita forse una maggiore esplorazione il problema concernente gli aspetti applicativi dei principi su cui erano imperniati le leggi romano barbariche, soprattutto tramite indagine degli apparati documentali nei quali era riflessa la prassi negoziale. Al di là infatti della estrema semplificazione con cui era per così dire gestito, in tutto il diritto dell'occidente tardoantico, l'aspetto degli atti costitutivi della proprietà e dei diritti reali minori – in relazione ai quali, riprendendo una considerazione del LEVY, *West Roman Law*, cit. p. 199 – la stessa nozione di *'ius in re aliena'* appariva oltremodo tecnica e complessa rispetto all'approccio primitivo («primitive approach» è l'espressione adoperata sul punto dallo studioso menzionato) che caratterizzava gli esperti di diritto di quel tempo – non può sottacersi che il principio di personalità del diritto sul quale era imperniata la compilazione visigotica, e, sia pure con qualche ulteriore incertezza, la compilazione burgunda, potrebbe, negli aspetti lacunosi della disciplina degli istituti, fare ipotizzare un rinvio implicito alla corrispondente disciplina romana rimasta in vigore. Non si può infatti dimenticare che, per rimuovere dall'attività negoziale la *mancipatio* e forse anche la *in iure cessio*, si dovette attendere la ben nota costituzione di Giustiniano del 531, riportata in CI. 7.31.1.5 (le Istituzioni imperiali, entrate in vigore tre anni dopo, il 21 novembre del 533, con la costituzione *Imperatoriam maiestatem*, sanciscono che le servitù prediali possono costituirsi soltanto *'tribus modis ... Pactionibus stipulationibus et per testamenta'*), con il che si può verosimilmente ipotizzare che anche nei territori occidentali (ed a maggior ragione nelle terre appartenenti al regno ostrogoto regolate dall'editto di Teodorico, ove pure non si intenda far riferimento alle menzionate compilazioni romano barbariche che espressamente facevano salvo, per i rapporti con i *cives*, il diritto previgente, sia pure, come parimenti deve avvertirsi, tramite il filtro rappresentato dalla codificazione teodosiana), almeno fino al primo trentennio del VI secolo si applicassero ancora (magari da parte di antiche famiglie patrizie, fortemente legate alla tradizione) quegli antichi atti costitutivi della proprietà e delle servitù prediali, ovviamente con il relativo insieme di requisiti. Tali ultimi aspetti sono stati indagati, più che in riferimento alle compilazioni barbariche, con riguardo al successivo diritto dei Glossatori (così, ad esempio, M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo*, I. *L'età romano-barbarica*, Milano, 1969, p. 6-10).

richiamare, come pure apparirebbe agevole, quella sorta di romanocentrismo che non pochi studiosi di discipline storiche, segnatamente intorno alla metà del secolo scorso, rimproveravano – fors’anche, ci permettiamo, sotto l’influsso di correnti di pensiero (prima fra tutte quella espressa in Francia da Lucien Levy-Bruhl) che tendevano a valorizzare, talvolta a scapito di aspetti dogmatici, l’apporto degli studi etnologici ed antropologico culturali – agli studiosi del diritto romano (ed in parte anche agli studiosi diremmo tradizionali di altri settori del pensiero dell’occidente classico).

Proprio lo studio della disciplina delle servitù prediali all’interno di quelle compilazioni rivela l’estrema laconicità della medesima (ed a tacere in relazione ad altri istituti o aspetti giusprivatistici), dovuta, più che altro, al dirompente scontro, manifestatosi soprattutto dopo il crollo delle strutture statali nella parte occidentale dell’Impero, di una mentalità poco avvezza alla riflessione teorica, anche se non certamente chiusa di fronte a questa, con le vestigia di una raffinatissima costruzione giuridica (peraltro sicuramente percepita dai compilatori del Codice Teodosiano ma all’interno del medesimo raffigurata ormai con difficoltà)⁸.

⁸) Non a caso sono riportate nel Teodosiano due costituzioni, emesse già da Costantino, all’interno delle quali viene affermato una sorta di primato del diritto di creazione giurisprudenziale (con implicito riferimento al periodo classico); nel senso appunto di diritto di formazione giurisprudenziale, sembra infatti doversi intendere il segno ‘*ius*’ che compare nella prima costituzione costantiniana accennata: si veda, sul punto specifico, G.G. ARCHI, *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano (Teodosio II e Giustiniano)*, Sassari, 1987, p. 37-42, nonché, nel senso indicato, già F. WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 40; si tratta di C.Th. 1.2.2 (*Imp. Constantinus A. ad populum*: ‘*Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura perscribunt, magis sequi indices debent*’) nonché C.Th. 1.2.3 (*Idem A. Septimio Basso Praefecto Urbi*: ‘*Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramus id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis: maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporteat et liceat inspicere*’). Occorre pure segnalare che, se nella prima costituzione riferita (C.Th. 1.2.2) appare con nettezza la volontà imperiale (quantomeno) di ritenere preponderante, rispetto alla normazione contenuta nei *rescripta*, il diritto giurisprudenziale (raffigurato, nella parte conclusiva del testo della costituzione stessa, con l’insolita espressione ‘*publica iura*’, quasi ad indicare suggestivamente la matrice – e anche la recezione – popolare degli stessi *iura*), all’interno della seconda costituzione (C.Th. 1.2.3) affiora maggiormente, come pure ha rilevato l’ARCHI (*op. cit.*, p. 42) l’intento di Costantino orientato a «salvaguardare l’ordinamento giuridico nel suo complesso da possibili alterazioni derivanti da decisioni particolari abnormi, che nella prassi si tendeva a far valere come precedenti suscettibili di nuove applicazioni (...)». Con specifico riferimento al significato profondo con cui la cancelleria costantiniana ha, nel testo normativo riportato, adoperato il segno ‘*ius*’ (e lo stesso plurale ‘*iura*’), ove pure, ma è una considerazione dello scrivente, si ritenga lo stesso testo immune da modifiche successive, lo studioso menzionato acutamente rileva come «una simile norma, se aveva il pregio di salva-

A ciò si aggiunga la sostanziale breve durata della vigenza delle leggi romano barbariche, in un arco temporale, peraltro, incuneato tra il crollo della parte occidentale dell'Impero e l'avvento in Oriente del regno di Giustiniano, più o meno coincidente con un secolo e mezzo (il riferimento è alla compilazione visigota, mentre assai più ridotta fu la vigenza della compilazione burgunda)⁹.

E neppure deve tacersi il problema concernente una sostanziale marginalità, rispetto alla parte centrale del continente europeo, dei territori all'interno dei quali ebbero vigore le indicate compilazioni: la Gallia Narbonense e la Spagna centro-meridionale per la compilazione visigota, la Franca Contea e le regioni bagnate dal medio corso del Rodano per la compilazione burgunda e la parte orientale dell'Italia centro settentrionale con riferimento all'editto di Teodorico.

guardare un supremo interesse pubblico, frutto del migliore pensiero giuridico romano, e cioè l'integrità del *ius* regolatore dei rapporti umani, aveva il grave difetto di ignorare che nella stessa tradizione antica esistevano rescritti che, per essere personali, avevano la particolarità di derogare al *ius*; ai *publica iura*. (...). Ancora, per meglio comprendere il senso della costituzione, lo studioso rileva come «L'imperatore distingue tra *rescripta impetrata ante edictum propositum* o meno. Per i rescritti concedenti particolari privilegi – se anteriori alla pubblicazione dell'*edictum* – «nonostante il dispositivo di *c. 2*, resta impregiudicato sia il principio della loro validità, sia il principio che quanto deciso in un primo rescritto non possa essere derogato da uno posteriore (...). Per quanto riguarda il futuro l'imperatore potrà ancora, di fronte a un nuovo caso concreto, *inspicere* attraverso un'analisi se sia equo derogare al *ius*, ma mai ad alcun altro sarà concesso (si osservi che *c. 3* è indirizzata al *praefectus urbi*) di risolvere un simile dubbio applicando un precedente rescritto, se questo non sia consentaneo *legibus publicis*». Le riferite considerazioni, se pure trovano cittadinanza eminentemente all'interno di un'indagine di diritto pubblico, possono gettar luce anche all'interno di uno specifico settore della disciplina giusprivatistica, soprattutto per dar conto, come avviene all'interno della disciplina tardoantica delle servitù prediali, delle ragioni delle accennate laconicità (in ogni caso, per una indagine sul contenuto dei *rescripta* con specifico riguardo al periodo classico, si veda N. PALAZZOLO, *Rescritti imperiali e processo formulare. Ricerche sulla storia dei rapporti fra pretore e cancelleria imperiale da Adriano ai Severi*, Milano, 1971, *passim*, nonché ID, *Circolazione delle informazioni e modi di essere del diritto*, in «Studi G. Nicosia», VII, Milano, p. 14-15). Non è possibile infine affrontare in questa sede le rilevanti problematiche che emergono in relazione ai testi imperiali riferiti: basti pensare a una prima configurazione di un sistema verticistico, come può scorgersi relativamente al potere riconosciuto al solo imperatore di '*inspicere inter acquitatem iusque interpositam interpretationem*' (sul punto, si rinvia ancora oggi alla originale trattazione di R. ANDREOTTI, *L'imperatore Licinio ed alcuni problemi della legislazione costantiniana*, in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962, p. 58-60, il quale richiama anche, in relazione all'aspetto considerato, le caratteristiche della personalità stessa dell'imperatore Costantino, unitamente ad aspetti derivati dal pensiero cristiano).

⁹) Come noto, il regno dei Visigoti cessò nella penisola iberica tra il 711 e il 713, sotto la spinta dell'invasione del califfato abbaside; il regno dei Burgundi si estinse già nella prima metà del VI secolo, assorbito, a seguito di numerose campagne militari, dai Franchi di Clodoveo.

Non sono però mancati, in varie epoche, studiosi che hanno cercato, con vari intenti e sensibilità, di gettare luce non solo in relazione agli aspetti esterni delle compilazioni romano barbariche (a cominciare segnatamente dal Gotofredo e successivamente dai grandi storici ed editori ottocenteschi, Haenel, Mommsen, Bluhme, Zeumer e, in principio del nuovo secolo, Conrat)¹⁰ ma anche, in tempi molto più recenti, in relazione ad aspetti giusprivatistici (tra i quali, seppure alquanto occasionalmente, le servitù prediali).

Se la storiografia giuridica radicata nella Scuola storica inaugurata dal Savigny si limitava però sostanzialmente a considerare in maniera diremmo parentetica, tra la fine del periodo postclassico e l'avvento del periodo giustiniano, le nostre compilazioni, pure nei diversi aspetti nei quali sono state prese in considerazione da quella medesima scuola, un approccio diverso, anche se portato avanti solo da pochissimi studiosi, può segnalarsi a cominciare segnatamente dagli anni Trenta dello scorso secolo.

Una indagine sistematica relativamente agli aspetti concernenti il diritto privato all'interno delle compilazioni romano barbariche, per quanto non riversato all'interno di un'opera dedicata specificamente a tali aspetti, deve senz'altro ravvisarsi nel notissimo *West Roman Vulgar Law* di Ernst Levy, che vede la luce a Philadelphia nel 1951; lavoro peraltro preceduto in Italia dalle indagini, più settoriali, di Arnaldo Biscardi concentrate sui diritti reali e sul possesso¹¹.

Anche per ciò che più specificamente riguarda l'ambito della nostra indagine, si deve rilevare come ancora oggi, pur di fronte a un nuovo interesse suscitato, sia in Spagna¹² sia in Italia¹³, dalle nostre compilazioni, le analisi ed

¹⁰) Fu proprio Jacques Godefroy, nei *Prolegomena* all'edizione del Codice Teodosiano, a porre attenzione storica alla compilazione visigota: si veda appunto J. GOTTFREDUS, *Codex Theodosianus*, cur. A. Marvullus, I, ed. Lyon, 1665, f. 93. In generale, gli studiosi che si sono occupati, a cavallo tra Ottocento e Novecento, della compilazione visigotica, hanno avuto come obiettivo specifico l'evoluzione del diritto tedesco a partire dall'alto medioevo: si pensi ad esempio ad A. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885-86, *passim*, nonché a R. SCHRÖDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin-Leipzig, 1932, *passim*; parimenti al diritto altomedioevale hanno sostanzialmente guardato, in Italia, le indagini, concentrate sul diritto pubblico, di G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in «Storia del diritto italiano» – cur. P. Del Giudice –, III, Milano, 1925, p. 15-19.

¹¹) Si tratta appunto di A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero. Diritti reali e possesso*, Roma, 1942, *passim*.

¹²) Con riferimento alla Spagna visigotica, si considerino anche i rilievi di S.P. SCOTT, *The Visigothic Code (Forum Iudicum)*, Boston, 1910, p. 336, il quale, riconoscendo, come è normale, nella *Lex Romana Wisigothorum*, la matrice storica della compilazione effettuata sotto i regni visigoti di Chintasvindo e Recesvindo (649-652), e nota appunto come *Forum Iudicum* (successivamente anche *Fuero Juzgo*), afferma, tra l'altro che la lingua adoperata in quella raccolta è «monkish Latin, a barbarous jargon extremely difficult to

il pensiero del Levy e del Biscardi costituiscano un punto di riferimento imprescindibile¹⁴, tra l'altro in considerazione del fatto che la pure estesa monografia di Mario Caravale dedicata, sul finire degli anni sessanta, alle servitù prediali nell'alto medioevo (l'unica sino ad ora *in subiecta materia*) non si sofferma se non marginalmente sulla legislazione romano barbarica (iniziando le proprie indagini sostanzialmente in relazione alla legislazione longobarda)¹⁵.

Certo i risultati a cui è pervenuta la pur non numerosa dottrina che si è occupata della disciplina delle servitù all'interno della legislazione romano-barbarica hanno delineato un minimo comune denominatore difficilmente confutabile e sostanzialmente raffigurabile come estrema laconicità sul piano normativo; laconicità verosimilmente conseguente a una concezione della proprietà alquanto diversa da quella presente all'interno della cultura giuridica romana e più o meno raffigurabile sul piano dei rapporti esteriori di appartenenza, estranea, più forse che inconciliabile, con la categoria giuridica della *servitus* romana, erede della configurazione degli *iura in re aliena*¹⁶.

translate, and vastly different from the polished idiom of Tacitus and Cicero»; ed anche i pochi casi che potrebbero in qualche modo avvicinarsi ai rapporti di servitù prediali appaiono trattati senza alcuna costruzione categoriale.

¹³) Una preziosa indagine sugli aspetti linguistici della compilazione burgunda è dovuta a G. MELILLO, A. PALMA, C. PENNACCHIO, *Lessico della «Lex Romana Burgundionum»*, Napoli, 1992.

¹⁴) Come implicitamente si evince anche da A. CORBINO, *'Servitù (Diritto Romano)'*, in «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 257-258.

¹⁵) Si veda appunto M. CARAVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, I, cit., p. 6-10, il quale si limita a prendere in considerazione, in riferimento alla legislazione romano barbarica propriamente detta, solo un passaggio della *Lex Romana Wisigothorum* (8.5.1) ed uno *Lex Romana Burgundionum* (28.2), allo scopo di confutare la tesi, peraltro non del tutto condivisa all'interno della stessa dottrina tedesca, secondo cui il diritto germanico avrebbe conosciuto l'istituto delle servitù prediali (pure con le necessarie differenze rispetto al corrispondente istituto romano). Lo studioso non sembra prendere in considerazione i pure non certamente estesi titoli *'De servitutibus'* rintracciabili, come vedremo, all'interno delle menzionate compilazioni.

¹⁶) A quanto rilevato nel testo, si aggiungano, i fondamentali rilievi del CORBINO, *'Servitù'*, cit., p. 257, sulla base dei quali, con riferimento al periodo compreso fra la fine del III secolo d.C. e la compilazione giustiniana, «si constata, in primo luogo, una sempre maggiore confusione, nell'ambito per altro di un fenomeno più generale, tra rapporti privatistici e rapporti pubblicistici: vengono attratti al concetto di servitù – che ne risulta così ora notevolmente slargato – le facoltà di passaggio sulle vie pubbliche, il diritto di derivare acqua da corsi d'acqua pubblici, le limitazioni legali che regolano i rapporti tra edifici. Si registra inoltre una tendenza a confondere rapporti reali e obbligatori, che mira in certo modo a svincolare il concetto di servitù da quello della 'realità', in vista dell'esigenza di fare salve comunque le convenzioni di parte: si individuano così servitù anche in rapporti che prescindono dall'esistenza di un fondo dominante. Ne deriva infine, sempre sul piano generale, un alterarsi della terminologia: ora l'espressione *usus* si sostituisce (ta-

A ciò si aggiunga che la maggior parte delle indagini¹⁷ si sono curiosamente concentrate nella ricerca di un concetto di servitù prediale in relazione a ipotesi, pure raffigurate all'interno delle compilazioni in esame, nelle quali tuttavia tale concetto non risulta affiorare (trattandosi per lo più di una regolamentazione asistemica di rapporti di vicinato), almeno secondo quanto ci si potrebbe aspettare sulla base della struttura romana dell'istituto.

Per rintracciare una sia pure scarsa disciplina delle servitù all'interno di tali compilazioni, non si può, a nostro avviso, prescindere dalla considerazione delle norme raccolte, all'interno di quella legislazione, sotto i titoli '*De servitutibus*', anche allo scopo di riaffermare la conoscenza dell'istituto all'interno della legislazione romano-barbarica.

3. I titoli '*De servitutibus*' nelle leggi romano-barbariche

La *Lex Romana Visigothorum* risulta la compilazione romano-barbarica che, anche in ragione dell'ambiente geografico e culturale a cui si riferisce, presenta una disciplina delle servitù prediali caratterizzata tutto sommato da una certa coerenza ed articolazione interna.

Tale disciplina è innanzi tutto contenuta all'interno di due passaggi della *Interpretatio Visigothica* rispettivamente a *Paul. Sent.* 1.17.1 e 1.17.2, raggruppati appunto sotto il titolo '*De servitutibus*'¹⁸:

lora per le servitù rustiche) a quella *servitus* o *ius*; diritto e suo esercizio, cioè, si confondono, con prevalenza del secondo sul primo. Anche sul piano dei concreti contenuti tipici delle singole figure, l'esperienza di quest'epoca presenta qualche importante novità. Il fenomeno riguarda, in particolare, le servitù di passaggio, per le quali i testi presentano un'oscillazione non solo tra bipartizione e tripartizione, che ha dato origine a recenti divergenti interpretazioni, ma anche, in ogni caso, in ordine ai contenuti di figure di ben consolidata tradizione, com'è il caso dell'*iter* e dell'*actus*». A quanto afferma il Corbino, che sicuramente vale anche per una buona comprensione della disciplina delle servitù rintracciabile all'interno delle legislazioni romano-barbariche, deve aggiungersi, al di là della acculturazione giuridica dei compilatori di quelle raccolte (senz'altro più vicina alla cultura giuridica romana quella dei compilatori visigoti), una indubbia estraneità relativamente al concetto stesso di proprietà fondiaria di popolazioni in quel tempo ancora marcatamente caratterizzate da pratiche di nomadismo.

¹⁷) Il LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 56-57, è uno dei pochi studiosi che prendono in considerazione i titoli menzionati. Le sue considerazioni tendono però a evidenziare più che altro le smarcature delle espressioni adoperate dai compilatori romano-barbarici rispetto al lessico impiegato dalla giurisprudenza classica.

¹⁸) Gli stessi titoli sono riportati si trovano riferiti dalle successive epitomi *Monachi*, *S. Galli* e *Guelpherbitana*.

Int. a Paul.Sent. 1.17.1: Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.

Interpretatio. Viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus, veluti quo per rem alienam ad nostram pergimus, et actum, id est, qua pecora minare consuevimus, vel aquaeductum, biennio non utendo, si quis usus non fuerit, perire ei certissimum est.

Int. a Paul. Sent. 1.17.2: Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur.

Interpretatio. Usu hauriendae vel ducendae aquae, si biennio desisterit non utendo perit: et si iterum biennio in usum fuerit reducta, recipitur.

Tale normazione deve verosimilmente (ma, sul punto, vi è assoluto silenzio nella letteratura specialistica) integrarsi con *Ep. Gai* 2.1.(9).3, parimenti riferita, come noto, dai compilatori visigoti e recante, come peraltro ci si sarebbe più che legittimamente potuti aspettare¹⁹, una concezione dell'istituto assai prossima alla relativa configurazione classica:

Incorporalia enim sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Praediorum vero rusticorum iura sunt via, vel iter, per quos pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus; quae similiter incorporalia sunt. Haec iura, tam rusticorum quam urbanorum praediorum, servitutes appellantur.

La considerazione complessiva dei testi riferiti, al di là di pure più che evidenti sovrapposizioni o abbreviazioni concettuali (le servitù di passaggio appaiono, ad esempio, contenutisticamente omologate sia nella elaborazione delle *Pauli Sententiae* sia nella recezione dell'*Epitome Gai*; in relazione poi alle vicende concernenti le medesime, davvero curiosa appare la concentrazione sulle sole cause estintive)²⁰ porta a ritenere che i compilatori visigoti avessero in ogni caso una certa conoscenza dell'istituto della servitù prediale ed anche

¹⁹) Sulla formazione e sulla natura, assai vicina a quella riconosciuta ormai abbastanza pacificamente in letteratura alle *Interpretationes* raccolte all'interno della compilazione visigota, della *Epitome Gai*, si vedano ancora oggi le considerazioni di G.G. ARCHI, *L'epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Padova, 1937, p. 52-76.

²⁰) La menzione della 'via' all'interno della normazione visigotica dovrebbe sgombrare i dubbi, pure avanzati di recente, in riferimento alla configurazione della stessa prima della compilazione giustiniana (in proposito, ci si permette di rinviare alle considerazioni già svolte in precedenza da S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, p. 25).

della più ampia categoria degli *iura in re aliena*, come può arguirsi anche in relazione alla menzione dell'usufrutto in *Ep. Gai* 2.1.(9).7²¹.

Una disciplina alquanto più frammentaria e caotica è senza dubbio quella contenuta nella *Lex Romana Burgundionum* (anche se distribuita in sei paragrafi, 17.1 e 17.6)²², raggruppata tra l'altro sotto la curiosa denominazione titolare '*De clausis itineribus vel aliis servitutibus*', indicante fuor di dubbio scarsa familiarità con lo stesso lessico del nostro istituto²³:

Lex Rom. Burg. 17

1: Viam publicam vel inter agros communiter dimissam nec possideri nec intercludi nec exarari posse; quod si factum fuerit, auctorem facti ad eius munitiorem solum compelli. Et ad munitiorem viarum pro modo patrimonii nullum penitus excusari hoc etiam et de pontium reparatione servandum.

2: Aquae cursum et adquiri biennio et amitti biennio constat.

3: Viam, iter, actum, hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt, similiter biennio et adquiri et amitti posse.

4: Agri quoque communis nullis terminis delimitati exaequationem inter consortes nullo tempore denegandam.

5: Silvarum, montium et pascui ius, ut unicuique pro rata possessionis subpetit, esse commune.

6: De servitute luminis vel aeris similiter constitutum: ut inter privatorum fabricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur, secundum legem Theodosiani libri iv, sub titolo: de edificiis privatis et publicis.

In effetti, soltanto tre fra le norme contenute all'interno del titolo in esame della compilazione burgunda appaiono tematicamente coerenti con l'istituto romano della *servitus*, pure al di là di una notevole approssimazione lessicale rintracciabile nella stesura delle medesime (in *Lex Rom. Burg.* 17.2, ad esempio, l'espressione '*aquae cursum*' viene adoperata verosimilmente al posto della

²¹) Oltre al fatto che l'altruità della *res* appare nitidamente raffigurata in *Ep. Gai* 2.1.(9).6, laddove è affermato '*Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificaverit aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumserint, hoc competit, ut expensas vel impendia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam vindicant, recipere possint*'.'

²²) Soltanto il primo di tali paragrafi risulta però oggetto di attenzione nella letteratura specialistica (si veda, sul punto, *supra*, nt. 20).

²³) Sul punto, si vedano già i severi rilievi del LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 56, a tenore del quale «The same mingling of notions emerges from RB 17. Under the heading *De clausis itineribus vel aliis (!) servitutibus* obstructions of public roads (17.1) appear as servitudes». Ed ancora, in riferimento al successivo *Lex Rom. Burg.* 17.3, lo studioso rileva come «In the phrase '*viam iter actum, hoc est ubi carpenta vel carra conversari possunt*' RB 17.3 describes either the *actus* alone or *via iter actus* as ways where carriages may run». Le riferite espressioni normative sono censite da MELILLO, PALMA, PENNACCHIO, *Lessico*, cit., p. 72 (ad esempio, in relazione a *Lex Rom. Burg.* 17.3).

ben più precisa '*ius aquae ducendae*', anche ove si volesse scorgere, in relazione alla espressione adoperata dai compilatori burgundi, l'emersione di una concezione materialistica, o anche «cosale», della servitù, raffigurazione quest'ultima, come risaputo, diffusa nella fase più antica del diritto romano, quantomeno anteriormente alla *Lex Scribonia*, contenente appunto il divieto di occupare le servitù: si tratta di *Lex Rom. Burg.* 17.2, 17.3 e 17.6.

Nel primo dei paragrafi menzionati (17.2), al di là della approssimazione lessicale sopra indicata, viene effettuato un rinvio (significativo, a tal proposito, l'impiego di '*constare*', quasi ad indicare espressamente una recezione da altra normativa) alla disciplina romana dell'*usus*²⁴ relativamente alla costituzione o estinzione di una servitù di acquedotto.

In analogia (come implicitamente risulta dall'impiego dell'avverbio '*similiter*') al rinvio alla disciplina romana già effettuato in relazione alla servitù di acquedotto, anche per quanto attiene alle servitù di passaggio, *iter*, *actus* e *via* viene recepita, nel successivo § 17.3, la disciplina romana relativa alla costituzione ed estinzione delle stesse tramite *usus*.

Ancora una volta la terminologia impiegata per descrivere il contenuto delle servitù di passaggio appare grossolana ed alquanto discosta dalla ben più dettagliata indicazione riferita nelle fonti antiche.

La menzione, nel paragrafo in considerazione, accanto a *iter* e *actus*, di *via* può utilizzarsi però come argomento non debole a sostegno di quanti ritengono quantomeno non di conio giustiniano la configurazione della servitù di *via*, dal momento che proprio all'istituto privatistico, e non alla *via publica* (menzionata e disciplinata nel § 17.1), deve riferirsi la regolamentazione burgunda.

Alquanto più offuscata appare invece, nel § 17.6, la menzione di una '*servitus luminis vel aeris*', la cui disciplina risulta concentrata nella mera prescrizione di distanze tra gli edifici (con rinvio peraltro alla più dettagliata normativa contenuta nel IV libro del Codice Teodosiano), mentre nulla è detto relativamente agli atti costitutivi o estintivi della medesima.

All'interno dei §§ 17.1, 17.4 e 17.5, si trovano raffigurati e, sia pure parzialmente, disciplinati rapporti che non possono ricomprendersi all'interno dell'istituto romano della servitù prediale (ad esempio, come è stato rilevato a suo tempo già dal Levy²⁵, l'attività consistente nell'*'interclaudi'* o *'exarari viam publicam'* nonché situazioni giuridiche raffigurabili in termini di '*communio*', relativamente a terreni, o di '*ager compascuus*' a sua volta variamente configurato).

²⁴) La corrispondente disciplina riferita nelle *Pauli Sententiae* è richiamata di recente da R. BASILE, '*Usus servitutis*' e tutela interdittale, Padova, 2012, p. 95 nt. 4.

²⁵) Si veda appunto LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 56.

L'editto di Teodorico, come abbiamo a suo tempo anticipato, non contiene una normazione relativamente alle servitù prediali (né appaiono in esso rintracciabili fattispecie in qualche modo riconducibili al nostro istituto).

4. Considerazioni finali

Si possono ora tentare alcune considerazioni in esito alla presente indagine.

Per quanto a lungo sia stato più o meno espressamente messo in dubbio, soprattutto in relazione alla concezione della proprietà diffusa presso gli antichi popoli di origine germanica (senza ovviamente il relativo correlato geografico odierno) sembra doversi ammettere che le legislazioni romano-barbariche (sia pure con la non trascurabile eccezione rappresentata dall'editto di Teodorico) hanno conosciuto e regolato l'istituto romano della servitù prediale.

Certo tale conoscenza e regolamentazione rivelano, nei compilatori di quelle legislazioni, non poca estraneità rispetto ai delicati equilibri implicati e sapientemente gestiti da quell'istituto: basti pensare, ma è solo un esempio, all'incontro-scontro fra gli interessi facenti capo rispettivamente al titolare del fondo dominante e al titolare del fondo servente, plasticamente modellati nella pur complessa tutela processuale romana, della quale però non vi è traccia in quelle legislazioni.

Ciononostante, proprio la laconicità e le poche altre caratteristiche (fra queste, la mancanza assoluta di una regolamentazione autoritativa, in perfetta consonanza con quanto, in relazione al nostro istituto, avveniva già nell'orizzonte del Codice Teodosiano) della normazione che abbiamo esaminato possono, forse un po' paradossalmente, gettare qualche luce sulla percezione che le menzionate legislazioni hanno avuto in relazione alle servitù prediali.

Al di là di ogni configurazione categoriale, nelle legislazioni romano-barbariche permane infatti l'idea che l'istituto considerato debba riconoscersi come rientrante nell'ambito esclusivo della riflessione ed elaborazione giurisprudenziale (in tal senso debbono forse giustificarsi i richiami, tra l'altro esclusivi, alle *Pauli Sententiae*), sia pure, in quel tempo, verosimilmente attratte nella stessa prassi negoziale.

E non deve infine tacersi che proprio l'ispirazione al principio cosiddetto della personalità del diritto, su cui era imperniata la compilazione visigotica e, sia pure con maggiori perplessità al riguardo, la compilazione burgunda, deve aver svolto un certo ruolo in relazione alla gestione di istituti, come appunto le servitù prediali, che, in fondo, non appartenevano alla tradizione culturale e giuridica di quei popoli.